

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA.
FACULTAD DE DERECHO.
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO.
PEREIRA
2.013**

**APLICACIÓN DEL REGIMEN DISCIPLINARIO A PARTICULARES EN EL
MARCO CONSTITUCIONAL Y LA LEY 1474 DE 2011**

JENIFER CARMONA GARCIA

**Artículo para optar al título de Especialista en
Derecho Administrativo**

EDGAR AUGUSTO ARANA MONTOYA

Director Jurídico

JHONIER CARDONA SALAZAR

WALTER GARCIA MORALES

Asesores Metodológicos

**UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA.
FACULTAD DE DERECHO.
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO.
PEREIRA
2013**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Pereira, 28 de Junio de 2.013.

Contenido

1 INTRODUCCION	6
2 PROBLEMA DE INVESTIGACION	7
3 HIPOTESIS	8
4 JUSTIFICACIÓN	9
5 OBJETIVOS	10
5.1 OBJETIVO GENERAL	10
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
6 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION	11
7 MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL	17
7.1 EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL	17
7.1.1 Sustento constitucional y bloque de Constitucionalidad del derecho disciplinario en Colombia.	17
7.1.2 Intervención del Estado en las actividades de los particulares que ejercen funciones públicas. (Relaciones especiales de sujeción, criterio material)	20
7.2 LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS	23
7.2.1 Ejercicio de actividades transitorias	23
7.2.2 Criterios asumidos por la Doctrina y la Jurisprudencia para determinar si los particulares pueden ser sujetos de control disciplinario.....	29
7.3 LA FALTA DISCIPLINARIA CON OCASIÓN A LA ACTIVIDAD DE PARTICULARES	32
7.3.1 Clasificación de las faltas	32
7.3.2 Responsabilidad	34
7.4 PRESUPUESTOS PROCESALES	36
7.4.1 La acción	36
7.4.2 Competencia y procedimiento.....	36
9 ESTRATEGIA METODOLOGICA	41
9.1 ENFOQUE DE LA INVESTIGACION	41
9.2 TIPO DE INVESTIGACION.....	41
9.4 INFORMACION SECUNDARIA	42

10 CONCLUSIONES	43
11 BIBLIOGRAFIA	44
12 INFORMACION ELECTRONICA	49

1 INTRODUCCION

Por medio del presente trabajo se realiza una compilación de las normas, doctrina y jurisprudencia, que determinan la aplicación del Régimen disciplinario a particulares que ejercen función pública, con el objetivo de garantizar los fines del estado en el marco de un estado social de derecho y participativo.

Con este propósito, los enfoques de la doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, como fuente de derecho esencial, han sido de gran relevancia para determinar los criterios que permiten la aplicación del régimen disciplinario a particulares; contribuyendo así al desarrollo de los postulados Constitucionales, donde se establece que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio, y radica a la vez en cabeza de la Procuraduría General de la Nación la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas.

Conforme a esto se realiza un recorrido por las posturas jurisprudenciales que han contribuido a plasmar en la Ley aquellos postulados que permiten que los particulares sean disciplinados en el ejercicio de la función pública; interpretaciones que se han materializado en leyes como la 489 de 1998, Ley 734 de 2002, Ley 1474 de 2011, entre otras; las cuales permiten la aplicación del derecho disciplinario, como régimen común desde la perspectiva sustancial y procedimental, a servidores públicos y particulares que ejercen función pública, normas a las cuales se hace referencia en sus aspectos más relevantes.

2 PROBLEMA DE INVESTIGACION

¿Cuál es el fundamento factico y Constitucional para atribuir responsabilidad disciplinaria a los particulares que ejercen funciones públicas dentro del marco del estatuto anticorrupción - Ley 1474 de 2011?

3 HIPOTESIS

3.1. El fundamento para la aplicación del derecho disciplinario, es el cumplimiento de los fines estatales determinados en el marco Constitucional.

3.2. Es fundamental la participación de la sociedad para el cumplimiento de las funciones públicas a cargo del Estado.

3.3. Los criterios de la doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación, son una fuente de derecho esencial para determinar los criterios que permiten la aplicación del régimen disciplinario a particulares.

4 JUSTIFICACIÓN

Con la presente investigación se realiza un análisis y recuento normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la forma como opera el derecho administrativo disciplinario frente a la actividad desarrollada por particulares que ejercen funciones públicas, identificando de manera puntual las sanciones derivadas de la falta. Es por ello que el presente trabajo puede consultarse por aquellas personas interesadas en conocer la actividad de los particulares que ejercen funciones públicas, las líneas jurisprudenciales trazadas sobre esta materia, así como los logros normativos alcanzados con el propósito de garantizar los fines del estado.

5 OBJETIVOS

5.1 OBJETIVO GENERAL

Referir los criterios acogidos por la doctrina y la jurisprudencia Colombiana, que han conducido a la regulación de la responsabilidad disciplinaria surgida por la actividad de los particulares.

5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

5.2.1 Identificar el marco Constitucional de la responsabilidad de los particulares en el ejercicio de funciones públicas.

5.2.2 Indicar los criterios asumidos por la doctrina y la jurisprudencia que justifican la aplicación del régimen disciplinario a los particulares.

5.2.3 Identificar la necesidad de intervención del estado en las actividades de los particulares que ejercen funciones públicas.

5.3.4 Relacionar la normatividad vigente aplicable y los criterios señalados en ésta para determinar la responsabilidad de los particulares.

6 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

La Constitución de 1991 establece como objetivo de la actuación de todos aquellos que desempeñan las funciones del estado, velar porque todas las personas puedan gozar de sus derechos; con dicha finalidad se estatuyen a través de su artículo 2 como fines esenciales del estado, entre otros, “Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (...)Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Con esta finalidad, la función publica, que en principio está a cargo del estado, también compete a los particulares; es así como por disposición expresa de la Constitución Política en su artículo 123, se faculta al legislador para que determine el régimen aplicable a los particulares que desempeñen temporalmente funciones públicas y expida su regulación, de lo cual se deduce que a estas personas se les puede atribuir responsabilidad cuando en el ejercicio de tales funciones infrinjan la Constitución, la Ley o el Reglamento.

Conforme a esto, dicho precepto Constitucional ha sido fuente de múltiples pronunciamientos por parte de Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Procuraduría General de la Nación y la doctrina colombiana; según los cuales se ha considerado que entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos,

entendiendo por estos aquellos que se encuentran vinculados por una relación legal y reglamentaria o contrato de trabajo¹.

En este sentido la Corte Constitucional ha expresado:

“En materia disciplinaria, la Ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieren tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas”.²

Sobre esta materia se destacan los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional dentro de los cuales se encuentra la sentencia C-037 de 2003, el cual ha reiterado Procuraduría General de la Nación en diferentes fallos, en el sentido de que:

“La prestación del servicio no implica *per se* el ejercicio de una función pública y sólo podrá entenderse que ésta va implícita cuando para la prestación se haga necesario el ejercicio de potestades que son propias del Estado, como señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, y necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada por una habilitación expresa de la ley”.

¹ Sentencia C-037 de 2003, Corte Constitucional.

² Sentencia C-373 de 2002, Corte Constitucional. M.P.JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

Indicó además en cuanto al régimen de control que:

“El particular que ejerce función pública se encuentra sometido a los controles de los servidores públicos, mientras que el particular que presta un servicio público está sujeto a un régimen especial fijado por el legislador. Por lo que la simple prestación del servicio no implica la sujeción al régimen disciplinario, “solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades (...)”

La posición adoptada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 de 2003, al establecer que el régimen disciplinario se aplica de manera excepcional a los particulares que transitoriamente ejercen funciones públicas, cumplen labores de interventoría y presten servicios públicos, fue objeto de múltiples interpretaciones y en ocasiones un obstáculo para el ejercicio de la acción disciplinaria a particulares.

Sobre este aspecto se destacan algunos aportes de doctrinantes como Esiquio Manuel Sánchez, quien a través de su obra *Dogmatica Practicable del Derecho Disciplinario*, cita como fundamento de la responsabilidad de los particulares la existencia de una previa relación de especial sujeción entre el disciplinado y la administración; posición que comparten Mario Roberto Molano en su obra *La Relación Especial De Sujeción* y José Rory Forero en su libro *Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*. En oposición a dicha concepción Alfonso Gómez Méndez³, considera que, si bien se busca que el particular que ejerce funciones públicas responda de manera

³Citado por SALAZAR R., Luis E. De los delitos contra la administración pública. Bogotá. Ediciones Tribuna Jurídica. 2002

especial, dado el carácter público de dicha función y sus fines, el tema de la responsabilidad debería abordarse desde el código penal, incluyendo al particular como sujeto activo de los delitos, con ocasión del ejercicio de dicha función, contra la administración pública.

Asimismo, la Procuraduría General de la Nación, en múltiples pronunciamientos, como ente que detenta el poder disciplinario preferente por disposición Constitucional⁴, se ha encaminado a señalar que quienes se encuentran encargados de la prestación de un servicio público no son sujetos de la acción disciplinaria, salvo que por ello deban ejercer una función pública y sólo lo son en relación con ella. Adicionalmente, señala que los parámetros para la determinación de lo que constituye función pública están dados por la Corte Constitucional, al indicar que éstas son la exteriorización de potestades inherentes al Estado y se traducen en el señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción.⁵

La Procuraduría ha considerado, en lo que atañe a los particulares, que se debe examinar es la clase de actividad que ejercen: si es función pública o no lo es y si se encuentra regulada en ley o reglamento; e, igualmente, si es inherente a la naturaleza o la esencia de la entidad, ya que si es ajena entonces no podría considerarse como función pública, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-866 de 1999 “las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a

⁴ Constitución Política Artículo 277. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

⁵COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: El criterio esencial para determinar si los particulares pueden ser sujetos o no de control disciplinario lo constituye el hecho de que cumplan funciones públicas. En: C-121/2009. [En línea]. (2009). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en

<http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>

los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios”⁶.

Posteriormente con la expedición de la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, se amplía el campo de acción de la potestad disciplinaria a aquellas actividades que no se encontraban reguladas en la Ley 734 de 2002, y que permiten establecer de manera clara cuando un particular está investido transitoriamente de funciones públicas.

Acorde a esto un sector de la doctrina considera que “este es el mayor avance que en relación a la disciplina de los particulares que ejercen funciones públicas, trae el estatuto, por cuanto a nuestro modo de ver e interpretar el texto de la norma, basta con el solo vínculo contractual, por ejemplo para presumir que el particular asume transitoriamente funciones públicas, lo que no ocurría antes dado que además de lo pactado en el contrato, se requería de expresa delegación de funciones públicas, mediante acto administrativo.”⁷

Es así como dicho estatuto se convierte en una herramienta más en la lucha contra la corrupción de quienes detentan poderes decisorios en la administración, al estatuir y puntualizar las interpretaciones y criterios que a lo largo ha señalado la Corte Constitucional, compartidos por la Procuraduría y el Consejo de Estado; al señalar que el régimen disciplinario se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que

⁶ COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. FUNCIONES PUBLICAS A CARGO DE PARTICULARES: Carácter y condiciones a la cual obedece. En: C-94-2007. [En línea]. (2007). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactor.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>.

⁷ Colegio de abogados en derecho disciplinario. ENSAYOS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Colección Especializada. Tomo II. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2011.

tiene que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales. De igual forma indica que la función pública se acreditara, entre otras manifestaciones, cada vez que el particular ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

7 MARCO TEORICO Y CONCEPTUAL

7.1 EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

7.1.1 Sustento constitucional y bloque de Constitucionalidad del derecho disciplinario en Colombia.

Como pilar fundamental del derecho disciplinario, se establecen en la Constitución Política de 1991 una serie de preceptos que orientan la potestad del estado de imponer sanciones a sus funcionarios incluso a particulares que ejerzan funciones públicas, con el propósito de garantizar los fines del estado. Dentro de este marco, el derecho disciplinario encuentra su sustento constitucional en normas como los artículos 1, 2, 6, 92, 122, 123, 124, 125, 209, 210, 277 de la Carta Política.

Con relación al sustento constitucional del derecho disciplinario, la Corte Constitucional en diversas sentencias tales como C-948 de 2002, C-818 de 2005 y C-030 de 2012, ha indicado que “(...) este tiene su justificación en el logro de los objetivos constitucionales y legales de la función pública en razón a que todos los servidores públicos deben propender por el logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento (C.P. arts. 6° y 122).”

En este orden de ideas, el derecho disciplinario encuentra igualmente sustento en las normas que exigen de los funcionarios públicos y de ciertos particulares, un comportamiento especial en lo relacionado con la función pública, donde además de acatar los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política y actuar con diligencia, cuidado, comportamiento ético, están sujetos a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

Por expresa remisión de los artículos 93 y 94 Constitucional, sirven de complemento a las normas que consagran derechos y deberes en la Carta, aquellas normas y principios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; si bien, dichas normas no hacen parte del texto constitucional, son incorporadas al ordenamiento y sirven a su vez de medidas de control en la aplicación de las Leyes. Dicho mandato constitucional fue trasladado a la Ley 734 de 2002 en su artículo 21⁸, al establecer la aplicación de normas internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia al régimen disciplinario Colombiano.

En efecto integran el bloque de constitucionalidad de conformidad con lo señalado en sentencia de la Corte Constitucional C-067 de 2003, con ponencia del Doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA, donde se decide la exequibilidad del artículo 21 de la Ley 734 de 2002 al considerar la demandante que es una aplicación subsidiaria de la normatividad internacional y que por tanto contradice el texto del artículo 93 de la Constitución; en dicha providencia la Corte realiza las siguientes consideraciones con relación al bloque de constitucionalidad, relacionando una serie de pronunciamientos anteriores de la siguiente forma:

En sentencia T- 483 de 1999 con ponencia del doctor Antonio Barrera Carbonell la Corte defendió la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política (...) El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental

⁸Artículo 21. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario.

del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. (...) El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas.

En el mismo sentido se pronuncia mediante sentencia C-479 de 1992 con ponencia de los Doctores José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, al indicar que “el Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.”

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Corte recuerda que las normas del bloque de constitucionalidad tienen prevalencia general y permanente sobre las normas de la legislación interna, no una simple importancia subsidiaria: “Así, cuando la norma especial –que es el Código Disciplinario Único- no cubre una situación jurídica determinada o contiene una regulación insuficiente para resolver un caso particular, el interprete debe hacer uso directo de la normatividad del bloque de constitucionalidad.

El bloque suple la voluntad del legislador o, mejor, complementa su olvido. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que si el Código prevé una regulación para un caso concreto, la normatividad superior quede vacante. Tanto las normas positivas del código como su interpretación y su aplicación concretas deben dirigir permanentemente su mirada a las preceptivas de rango constitucional, en reconocimiento de la sumisión a que se ha hecho referencia exhaustiva en esta providencia.” Considera además que recurrir a normas de superior jerarquía se impone como requisito de legitimidad de la decisión; y concluye indicando que los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia no sólo son instrumentos de utilidad hermenéutica para los derechos y deberes consagrados

en la Carta, sino que son legislación obligatoria de carácter interno por el hecho de haber sido incorporados al ordenamiento nacional a través de una Ley de la República.

7.1.2 Intervención del Estado en las actividades de los particulares que ejercen funciones públicas. (Relaciones especiales de sujeción, criterio material)

La función pública debe ser considerada en el marco de los principios de corresponsabilidad y de cooperación entre el estado y los particulares, los cuales se ven reflejados en los artículos 2 y 95 de la Carta política por medio de los cuales se fijan los fines del estado y se establecen ciertos deberes a cargo de los ciudadanos; dichas normas reflejan la importancia de la participación de la sociedad para el cumplimiento eficiente de las funciones públicas. En este marco el artículo 123 de la Carta señala que los particulares podrán ser investidos transitoriamente de funciones públicas y la Ley se encargará de determinar y regular el régimen aplicable.

La función pública ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia como aquella que se desarrolla en cumplimiento de los fines estatales; para ilustración se citan algunos conceptos emitidos por la Procuraduría General de la Nación:

Considera dicho Ente que entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales y que por razones administrativas o estructurales se desplaza hacia personas que no se

encuentran vinculadas a la administración como servidores propiamente dichos⁹, lo cual bien puede generarse a través de un contrato de prestación de servicios en los términos que lo permiten las normas sobre la materia, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues aunque mediante este medio no se genera subordinación ni dependencia con la administración, si es posible que su ejecución conlleve el ejercicio de una actividad netamente administrativa. Y agrega que: pueden presentarse un conjunto de labores que corresponden al Estado para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento, que por razones de operatividad se trasladan a manos de particulares contratados para esos fines específicos, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza de la función como tal y su carácter administrativo.¹⁰

En otra oportunidad señaló la Procuraduría citando pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 2003, en cuanto al régimen de control, que:

(...) el particular que ejerce función pública se encuentra sometido a los controles de los servidores públicos, mientras que el particular que presta un servicio público está sujeto a un régimen especial fijado por el legislador. Por lo que la simple prestación del servicio no implica la sujeción al régimen disciplinario, solamente en el caso en que dicha prestación haga necesario el ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, que hayan sido atribuidas de manera expresa por el legislador al particular encargado de la misma, habrá lugar a la aplicación en su caso de dicho régimen y ello exclusivamente en relación con el ejercicio de dichas potestades (...)

En conclusión, aclara que: “ quienes se encuentran encargados de la prestación de un servicio público no son sujetos de la acción disciplinaria, salvo que por ello deban ejercer una función pública y sólo lo son en relación con ella; los parámetros para la determinación de lo que constituye función pública están dados por la misma Corporación, al indicar que estás son la

⁹Entendiendo por estos los que se encuentran vinculados a la administración por medio de una relación legal y reglamentaria o por medio de contrato de trabajo.

¹⁰ COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: Destinatarios de la ley disciplinaria ley 734 de 2002 artículo 53. En: C-525/2002. [En línea]. (2002). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>

exteriorización de potestades inherentes al Estado y se traducen en el señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción.”¹¹

El criterio adoptado por la Corte Constitucional anteriormente mencionado, respecto a la potestad disciplinaria del estado frente a los particulares que ejercen funciones públicas, tiene sus antecedentes en sentencias C-286 de 1996 y C-563 de 1998, en las que además se abrió paso al criterio material, el cual permite la aplicación del régimen disciplinario no por el vínculo existente entre el particular y la administración, sino por el contenido o naturaleza de la función encomendada. Al tratarse de labores públicas, no pueden quedar exentas del control disciplinario las actuaciones u omisiones del particular que comprometan los fines del estado o un servicio en cabeza de este, teniendo en cuenta además que se está actuando en su nombre.

De la misma manera lo ha considerado la doctrina en nuestro país, al referir que “las conductas objeto de reproche del derecho disciplinario son aquellas que quebrantan sustancialmente los deberes que impone el ejercicio de la función pública, contrariando los fines esenciales del estado social y democrático de derecho.”¹²

En cuanto a la autonomía que tiene la administración para contratar particulares mediante la celebración de contratos administrativos, debe tenerse en cuenta que es una actividad completamente reglada y regida por los principios constitucionales, que enmarcan la pública, de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 209).

¹¹ COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: Él criterio esencial para determinar si los particulares pueden ser sujetos o no de control disciplinario lo constituye el hecho de que cumplan funciones públicas.

En: C-121/2009. [En línea]. (2009). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>

¹² SANCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. DOGMÁTICA PRACTICABLE DEL DERECHO DISCIPLINARIO: Preguntas y respuestas. Segunda edición. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2007. Pág. 38.

7.2 LA ACTIVIDAD DE LOS PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS

7.2.1 Ejercicio de actividades transitorias

En cuanto al ejercicio de función pública por parte de particulares la Constitución Política señaló en los artículos 2, 116, 131, 246, 267, 277-9, 340 y 365, los casos específicos en que se encuentra autorizado el ejercicio de tales atribuciones estatales y su responsabilidad. Autorizaciones a las que se debe supeditar tanto el legislador, como el ejecutivo y la administración.

Conforme a esto la Ley 734 de 2002 establece en su artículo 4 el principio de legalidad con relación a las investigaciones y sanciones disciplinarias al indicar que “El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.

A su vez los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998 establecen el régimen de particulares que temporalmente desempeñen funciones administrativas, las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios que fijarán en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución, en los términos de los artículos 123 y 210 de la Constitución.

En el marco Constitucional del derecho disciplinario en Colombia, la Carta Política de 1991 legitima el desempeño de funciones públicas en cabeza de los particulares; es así, como a través de su artículo 123¹³ convierte a los particulares en destinatarios de la Ley disciplinaria, advirtiendo en el mismo articulado que podrán desempeñar funciones de manera temporal a diferencia de los servidores

¹³ Constitución política de Colombia Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

públicos que lo hacen de manera permanente. Dicha facultad temporal o transitoria se refleja igualmente en el artículo 116 de la Constitución, al establecer que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

Con relación a esta diferenciación que hace la Carta Política entre empleado público y particular que ejerce funciones públicas, el Consejo de Estado en sección quinta, por auto del cuatro de marzo de dos mil once, con ponencia de la Doctora María Nohemí Hernández Pinzón indica que:

“El empleado público se caracteriza, entre otras cosas, por lo siguiente: Primero, porque su arribo a la administración tiene por fin el cumplimiento de funciones públicas o administrativas; segundo, porque se trata de la prestación personal del servicio; tercero, porque ello sólo es posible a través de una relación legal y reglamentaria, que requiere de una previa designación o nombramiento, seguido de la posesión, donde el empleado debe prestar juramento de cumplir la Constitución y las leyes; cuarto, porque como lo dice la Constitución, deben existir en la planta de personal los respectivos empleos, así su creación sea temporal, con funciones detalladas, y estar asignados los recursos presupuestales que aseguren el pago de los derechos salariales y prestacionales del respectivo empleado (Art. 122); y quinto, porque además de tratarse de una relación marcada por la subordinación y el deber de cumplir las funciones en determinado horario, es preciso que las funciones se cumplan en forma permanente y no transitoria.”

Por su parte el estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011, en su artículo 44 establece que “el régimen disciplinario se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tiene que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del

Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

En el anterior precepto quedo establecida la interpretación doctrinal y jurisprudencial que durante años han tenido la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la procuraduría General de la Nación respecto a particulares han sido investidos de función pública, frente a lo cual me permito citar algunos de estos pronunciamientos:

Mediante providencia de la sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, de fecha siete de abril de dos mil cinco, bajo radicado numero 161-2507(014-73444-02), la procuraduría se pronuncia respecto al régimen aplicable a un particular que ejerce funciones públicas indicando que:

La Corte Constitucional mediante sentencia C-482 de 2002, con ponencia del Magistrado ALVARO TAFUR GALVIS, ha señalado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que ha enunciado:

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador, para cada caso, señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, entre otros.

b) La previsión legal, por vía general da autorización a las entidades o autoridades públicas, titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares

(personas jurídicas o personas naturales), mediante convenio precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la Corte, que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”.

c) En otros supuestos, para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de los órganos y entidades estatales, se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas (...)

y agrega que: se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta, acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades indicando que la sola circunstancia de participar en su conformación servidores públicos, y cumplir una función pública, no la constituye en entidad de naturaleza pública.

Conforme a lo anterior, el hecho que el particular haya estado prestando una función pública en una entidad de carácter privado, no modifica su estatus de particular, ni la convierte por esa sola circunstancia en servidora pública, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera responder penal y disciplinariamente en su condición de particular, pues el artículo 123 de la Constitución Política dispuso que “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-286 de 1996, con ponencia del doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, donde consideró que a los particulares no se les podía trasladar en bloque el régimen disciplinario de los servidores públicos y que correspondía al legislador establecer ese régimen especial para los particulares, lo cual tiene fundamento en el principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones

públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa (...) considera entonces la Corte que corresponde al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

En otra oportunidad la Corte Constitucional se pronuncia respecto a la constitucionalidad del artículo 53 de la ley 734 de 2002, por medio de sentencia C-037 de 2003, a la cual se hizo referencia inicialmente y que me permito citar nuevamente, en lo referente la Corte señala:

Para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado –que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario (...).

Por su parte el Consejo de Estado, sección quinta, en providencia del 4 de marzo de dos mil once bajo radicado número 11001-03-28-000-2010-00040-00, con ponencia de la Magistrada MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON, se pronuncia en el mismo sentido al decidir sobre las inhabilidades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución de un particular que ejerce función pública indicando que:

(...) Pasando a la valoración jurídica del caso planteado, destaca la Sala que la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 179 Constitucional,

se configura cuando el elegido ha ejercido, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, alguna de las formas de autoridad allí indicadas, en calidad de “empleado público” (...) la Sala se concentrará en determinar si dicho representante estudiantil tiene o no la calidad de empleado público, ya que sólo si se concluye que sí la tiene, podrá continuarse con el examen de los restantes elementos que según aquélla disposición jurídica se requieren para su cristalización.

Es así como considera que desde el mismo artículo 123 Superior advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los **empleados** y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios” (Destaca la Sala), mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”.

De igual forma, esta Sección tiene una línea jurisprudencial que corrobora lo dicho, en la que se ha indicado: un empleado público desempeña un empleo que tiene como finalidad satisfacer funciones de carácter permanente de la administración, lo cual exige, entonces, que aquel preste sus servicios de manera permanente, continua y exclusiva, y, en modo alguno, de manera transitoria, ocasional, discontinua o intermitente.

7.2.2 Criterios asumidos por la Doctrina y la Jurisprudencia para determinar si los particulares pueden ser sujetos de control disciplinario

La Procuraduría General de la Nación, como ente competente, ha reiterado en sus fallos y conceptos que si bien no toda prestación de un servicio público conlleva el ejercicio de una función pública, en algunas ocasiones, pueden concurrir las dos simultáneamente, tal como es el caso de los conciliadores o árbitros que aunque son particulares se invisten transitoriamente de la función de administrar justicia (artículo 116, inciso 3º, y 228 de la Constitución Política). Al respecto ha hecho alusión a la posición asumida por la Corte Constitucional en sentencia C-866 de 1999, al decidir sobre la constitucionalidad del artículo 110 de la Ley 489 de 1998, referente a las condiciones para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, oportunidad en la que se indicó lo siguiente:

(...)

Cuando la norma acusada defiende al acto jurídico la «regulación» de la atribución de funciones administrativas a particulares, y el señalamiento de las funciones específicas que serán encomendadas, no está trasladando la función legislativa a las autoridades ejecutivas. No está poniendo en sus manos la potestad de determinar «el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas», a la que se refiere el artículo 123 superior en concordancia con el 210 ibídem, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato, como lo señala el artículo 110 bajo examen, justamente en el aparte que se cuestiona (...)

En conclusión, la Procuraduría ha considerado, que se debe examinar es la clase de actividad que ejercen los particulares: si es función pública o no lo es y si se

encuentra regulada en ley o reglamento; e, igualmente, si es inherente a la naturaleza o la esencia de la entidad, puesto que si es ajena entonces no podría calificarse como función pública, pues, como lo dijo la Corte en la mencionada sentencia “las autoridades administrativas sólo pueden atribuir a los particulares el ejercicio de funciones jurídicamente suyas, no las de otros funcionarios”.¹⁴

Recuérdese, por ejemplo “una Entidad Promotora de Salud de naturaleza jurídica privada, al manejar recursos de la seguridad social en salud es un particular que administra recursos públicos, y cuando en el ejercicio de estas atribuciones éstas se someten a las reglas propias de la función que se les atribuye se es sujeto de derecho disciplinario”¹⁵

Con relación a celebración de contratos para el ejercicio de funciones públicas, la Procuraduría ha señalado que: el contrato estatal excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos y la labor de interventoría, entre otros, el ejercicio de potestades

¹⁴COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. FUNCIONES PUBLICAS A CARGO DE PARTICULARES: Carácter y condiciones a la cual obedece. En: C-94-2007. [En línea]. (2007). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>.

¹⁵Lecciones de Derecho Disciplinario. Obra Colectiva. Volumen 5. Pág. 141.CITADO POR: COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: Será sujeto disciplinable si al contratar como directivo con entidad pública asume función administrativa o maneja recursos públicos. En: C-016/2009. [En línea]. (2009). [Consultado 21-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>

estatales por particulares sólo es posible por ministerio de la ley y ésta a su vez debe ajustarse a los casos autorizados en la Constitución.¹⁶

En igual sentido se pronunció, al indicar que el contrato de prestación de servicios, tiene un carácter excepcional, que surge cuando el personal de planta no pueda desarrollar la actividad transitoria que se pretende contratar, lo que significa que su objeto debe comportar una actividad de ejercicio de funciones públicas o administrativas. Indicando además que: otorgar ejercicio de funciones públicas a los particulares, es una actuación de alcance restringido y, por consiguiente, el alcance de esta noción no es ni analógico, ni de comprensión flexible sino de interpretación restrictiva.

El uso de poderes propios del Poder Público tienen una connotación definida en el ordenamiento jurídico expresada en cada caso por la norma que faculta a la entidad celebrar un contrato que a la vez permita transferir el uso de poderes públicos.

En ese orden de ideas, la celebración de contratos de prestación de servicios que impliquen traslado de funciones públicas a los contratistas, es una posibilidad restringida que debe tener sustento no solo en la posibilidad de celebrar contratos de cualquier orden derivada del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 13, inciso 1°, 32, inciso 1°, y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que requiere adicionalmente de un apoyo normativo específico que permita a la entidad trasladar sus funciones propias de poder a un particular contratista, mediante el contrato. Al respecto cita que basta el simple ejercicio de la autonomía de la voluntad, se requiere consultar el régimen constitucional y legal que se desprende de los artículos 123 y 210 de la Constitución desarrollado en leyes de

¹⁶COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. FUNCIONES PUBLICAS A CARGO DE PARTICULARES: Desarrollo de cometidos estatales. En: C-127/2010. [En línea]. (2010). [Consultado 14-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>.

carácter especial o en la Ley 489 de 1998, para auscultar tal posibilidad de traslado.¹⁷

7.3LA FALTA DISCIPLINARIA CON OCASIÓN A LA ACTIVIDAD DE PARTICULARES

7.3.1Clasificación de las faltas

El artículo 55 de del Código Disciplinario Único, establece que los particulares responderán “solo” de las faltas gravísimas allí descritas, disposición que ha sido objeto de estudio por parte de la Procuraduría, la cual ha dado la siguiente interpretación en lo que atañe a su aplicación, señalando que:

Podría entenderse que se da un tratamiento igual a éstos que a los servidores públicos en lo que atañe al estudio de la responsabilidad en la comisión de la falta, luego es función del operador disciplinario determinar con qué clase de culpa se cometió, con el fin de también dar aplicación a la graduación de la sanción, que establece el artículo 57 de la Ley 734 de 2002. En este orden de ideas, se considera que es perfectamente aplicable el numeral 9 del artículo 43 a las faltas gravísimas consagradas en el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, evitando de esta forma distinciones odiosas, que desde luego, no se entienden hechas por la normatividad.

A los particulares se les hace extensivo el régimen de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses a los que están sujetos los servidores públicos, razón por la que tendrá que tenerse en cuenta las normas

¹⁷MOLANO L., Mario Roberto. LECCIONES DE DRECHO DISCIPLINARIO. Obra Colectiva. Volumen 1. 2006, pág. 87. CITADO EN: COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: No toda relación con el estado genera el cumplimiento de una función pública. En: C-223/2009. [En línea]. (2009). [Consultado 21-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactor y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>.

de que trata el artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Asimismo, pueden cometer las faltas contempladas en el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002¹⁸

En cuanto a las sanciones derivadas de las faltas cometidas por los particulares destinatarios de la acción disciplinaria, se les pueden imponer, conforme lo señala el artículo 56 del C.D.U.¹⁹, las sanciones de:

- Multa: descritas en los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 173 de la ley 734 de 2002.
- Inhabilidad para ejercer empleo o función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste: frente a esto la procuraduría ha indicado que se ejecuta con el mero transcurso del tiempo, pero para ello es necesario el registro de la misma en el certificado de antecedentes disciplinarios, el cual compete al Jefe de la División de Registro y Control y Correspondencia.
- Destitución: la cual está condicionada a que la prestación del servicio por parte suya sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial. En tal caso, la ejecución de la sanción corresponde, por mandato del numeral 7° del artículo 172 de la Ley 734 de 2002, a la Procuraduría.

Con relación a la suspensión provisional aplicable a los particulares que cumplen funciones públicas, en el marco del artículo 157 de la ley 734 el cual expresa que “se podrá ordenar la suspensión provisional del “servidor público”, un sector de la

¹⁸COLOMBIA, PROCURADURIA AUXILIAR PARA ASUNTOS DISCIPLINARIOS. PARTICULARES: Faltas disciplinarias por las cuales responden. En: C-151/2009. [En línea]. (2009). [Consultado 21-01-2013]. Disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactor.y.ConsultaPirelComponentPageFactory>>.

¹⁹ C.D.U. ARTÍCULO 56. *SANCIÓN*. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales: Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado. Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.

doctrina ha considerado que en sentido literal no habrá posibilidad de suspender al particular que cumple funciones públicas. Sin embargo, esa misma disposición señala como motivo de suspensión el hecho que el investigado con su comportamiento pueda interferir en el proceso, o la permanencia o la función posibilite la continuidad de la falta o su reiteración. Con lo cual en nuestro sentir si es posible suspender al particular que cumple una función o servicio público. En efecto es compatible con la filosofía que inspira esta medida preventiva el proteger la realización del proceso y a la misma función pública, pues sin lugar a dudas seria contrario al estado social y democrático de derecho permitir que una persona que probatoriamente se sabe sigue cometiendo la falta o está en posibilidad cierta de reiterarla o que su actuar puede interferir en la realización del proceso, permanezca en el ejercicio de ese cargo función o servicio.²⁰

7.3.2 Responsabilidad

Con relación a las características que deben concurrir como fundamento para la atribución de responsabilidad disciplinaria un sector de la doctrina coincide como lo anota Esiquio Manuel Sánchez, que “lo primero que tiene que establecerse es si existe el primer criterio jurídico de imputación en sede disciplinaria, esto es, la existencia de una previa relación de especial sujeción del imputado para con el estado. Hay que determinar previo a cualquier análisis, si el agente es sujeto activo de la falta, es decir, si es sujeto del derecho disciplinario”²¹. En ese mismo sentido, pero con una aproximación mas dogmatica, Mario Roberto Molano indica que la noción de relaciones especiales de sujeción “agrupa una relación en donde un sujeto está condicionado en su organización y en su capacidad de obrar por un

²⁰ SANCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. DOGMÁTICA PRACTICABLE DEL DERECHO DISCIPLINARIO: Preguntas y respuestas. Segunda edición. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2007. Pág. 145, 146.

²¹ Citado En: Colegio de abogados en derecho disciplinario. ENSAYOS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Colección Especializada. Tomo II. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2011. Pag. 126, 127.

sujeto distinto y, consecuentemente, un sujeto que ejerce un tipo de potestades funcionales”. Teoría que sume igualmente José Rory Forero quien estima que estas son “vínculos estrechos duraderos y efectivos, que existen entre la administración pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que presten funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma.”

Por otro lado la Corte Constitucional ha indicado que le fundamento de la responsabilidad disciplinaria, se encuentra en el cumplimiento de deberes funcionales, señalando que la sola violación de normas de derecho no la constituye, pues para ello es necesario que concurra una afectación de los deberes funcionales con la realización de la conducta investigada. Es así como Mediante sentencia C-030 de 2012, la Corte reitera lo dicho en sentencias C-028 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y sentencia C-504 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, indicando que “el propósito es salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las Leyes y los reglamentos que resulten aplicables”.

Al igual deben tenerse en cuenta las consideraciones realizadas a lo largo de este trabajo en lo relacionado a la sentencia C-037 de 2003, la cual constituye el referente más importante para establecer el alcance de la responsabilidad de los particulares.

7.4 PRESUPUESTOS PROCESALES

7.4.1 La acción

Al respecto los artículos 52, 53 y 68 de la Ley 734 de 2002 en concordancia con los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, señalan las normas aplicables a los particulares que ejerzan función pública, lo cual debe realizarse, como así lo ha interpretado la Corte Constitucional, “bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”. Lo cual no implica el traslado de la función legislativa a las autoridades ejecutivas ni pone en sus manos la potestad de determinar ‘el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas’, sino que se está refiriendo a la potestad administrativa de determinar de manera concreta y particular dichas condiciones en un caso individual dado, a partir del régimen señalado por el legislador, y para garantizar la efectividad del mismo. Esta regulación particular se lleva a cabo mediante la expedición del acto administrativo y un contrato, como lo señala el artículo 110.²²

7.4.2 Competencia y procedimiento

Compete a la Procuraduría de manera exclusiva, conocer de estos asuntos, conforme al artículo 75 de la Ley 734 de 2002 que reza “(...) El particular disciplinable conforme a este código lo será exclusivamente por la Procuraduría General de la Nación, salvo lo dispuesto en el artículo 59 de este código, cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u

²² CORTE CONTITUCIONAL, Sentencia C-866 DE 1999

omisión.”Es así como por medio de la Resolución número 108 de 3 de mayo de 2002, el Procurador General de la Nación, estableció las competencias al interior de este organismo de control para efectos de conocer las faltas disciplinarias de los particulares.

En lo relacionado con el procedimiento aplicable, el Código Disciplinario Único establece en su artículo 66 “(...) El procedimiento disciplinario previsto en esta ley se aplicará en los procesos disciplinarios que se sigan en contra de los particulares disciplinables conforme a ella.”

Conforme a ello las etapas o fases que concurren al esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad en cabeza del particular, de acuerdo con lo establecido en el Título IX del mismo estatuto, son:

- Indagación preliminar del artículo 150 al 151
- Investigación disciplinaria artículo 152 al 160 A
- Evaluación de la investigación disciplinaria artículos 161 al 165
- Descargos, pruebas y fallo artículos 166 al 170
- Segunda instancia artículo 171

8 MARCO HISTORICO Y JURIDICO

El derecho disciplinario tiene sustento Constitucional en los artículos 2, 6, 92, 122, 123, 124, 125, 209, 210, 277 de la Carta política, estableciéndose por medio de estos una serie de preceptos que orientan la función pública, con el propósito de garantizar los fines del estado.

Teniendo en cuenta que conforme al artículo 123 del texto constitucional, la ley puede determinar el régimen aplicable a los particulares que desempeñan funciones públicas, mediante la Ley 734 de 2002 se concreta dicho mandato, debido que previa a su expedición, no existían elementos jurídicos aptos para sancionar disciplinariamente hechos u omisiones, realizados por personas que ostentando la calidad de particulares ejercían funciones públicas. Previa a la consagración legal de esta necesidad, vía jurisprudencial se y ante las innegables necesidades normativas en este campo, la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996 interpretando el alcance dado por el artículo 6º superior respecto de la responsabilidad de los particulares, señaló la procedencia constitucional de que aquellos particulares que desempeñan actividades públicas indicando que los mismos deben ser destinatarios de un régimen disciplinario especial, debiendo el legislador regular las faltas, el procedimiento y las sanciones aplicables.

Conforme a lo anterior, el nuevo estatuto disciplinario, contenido en la Ley 734 de 2002, subsanó el vacío de la Ley 200 de 1995, en cuanto esta reglamentaba lo relativo a los particulares que ejercen funciones públicas, limita dando los destinatarios de la Ley disciplinaria a “los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores de estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente, los funcionario y trabajadores del banco de la República, los integrantes de la

Comisión de lucha ciudadana contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional.”

Por su parte el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, consagro como destinatarios de la ley disciplinaria, además de los servidores públicos, a los particulares señalados en el artículo 53 de ese estatuto; esta última disposición establece como tales a los siguientes sujetos:

- a- Los particulares que cumplen labores de interventoría en contratos estatales
- b- Los que ejerzan funciones públicas en lo que tenga que ver con éstas.
- c- Los que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, es decir los relativos a las necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.
- d- Los que administren recursos estatales, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el derecho privado.

Y advierte que en los casos de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria corresponde sólo al representante legal o a los miembros de junta directiva.

Esta reforma tiene que ver con el traslado de las actividades íntimamente relacionadas con el cumplimiento de los fines del Estado que en principio deben cumplir organismos o funcionarios del sector público, a manos de personas ajenas a éste y por lo tanto, la incorporación de los particulares al régimen disciplinario obedece a la necesidad de crear mecanismos adecuados para el juzgamiento de los mismos cuando su conducta atente contra la legalidad o el patrimonio público.

Posteriormente por medio de la interpretación doctrinal y jurisprudencial que durante años han tenido la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Procuraduría General de la Nación respecto a particulares han sido investidos de

función pública, se amplia y concreta el campo de aplicación del régimen disciplinario a los particulares como sujetos disciplinables, dentro del marco de la función pública. Es así como el estatuto anticorrupción, Ley 1474 de 2011, en su artículo 44 establece que:

“El régimen disciplinario se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tiene que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.”

9 ESTRATEGIA METODOLOGICA

9.1 ENFOQUE DE LA INVESTIGACION

El presente trabajo tiene un enfoque jurídico, para lo cual se estudian los criterios que justifican la aplicación del régimen disciplinario a particulares que ejercen funciones públicas, partiendo de una compilación jurisprudencial, de la Procuraduría General de la Nación, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, y doctrinal, dentro del marco de la Constitución Política de 1991 y la legislación vigente en nuestro país.

9.2 TIPO DE INVESTIGACION

El estudio a realizar es de tipo descriptivo, para lo cual se toma de la normatividad vigente, los rasgos o características elementales de las actividades de los particulares que ejercen funciones públicas que pueden acarrear sanción disciplinaria, las faltas y tipos de responsabilidad derivadas de dicha actividad, con el fin de establecer la efectividad de este procedimiento frente a los fines del estado.

9.3 METODOS DE INVESTIGACION

La presente investigación, se inicia a partir del análisis del régimen legal y doctrinal, establecido en Colombia para los particulares que ejercen funciones públicas, para realizar posteriormente una recopilación de los fallos más trascendentales de las altas Cortes y la Procuraduría frente a las faltas disciplinarias de los particulares que ejercen funciones públicas.

9.4 INFORMACION SECUNDARIA

Para la elaboración del trabajo se consultaran las diferentes leyes, Decretos y normas que rigen la actividad de los particulares que ejercen funciones públicas en Colombia y las tesis avaladas por la doctrina Colombiana.

9.5 INFORMACION PRIMARIA

En el presente proyecto se partirá de la consulta a un grupo focal, para lo cual se estudiarán los fallos y conceptos de la Procuraduría General de la Nación y la jurisprudencia de las altas Cortes y la doctrina colombiana, con el fin de establecer las líneas de decisión para el tema que nos ocupa.

10 CONCLUSIONES

La función pública debe ser considerada en el marco de los principios de corresponsabilidad y de cooperación entre el estado y los particulares, los cuales se ven reflejados en los artículos 2 y 95 de la Carta política por medio de los cuales se fijan los fines del estado y se establecen ciertos deberes a cargo de los ciudadanos; dichas normas reflejan la importancia de la participación de la sociedad para el cumplimiento eficiente de las funciones públicas.

Entre los particulares que quedan sometidos al régimen disciplinario se encuentran aquellos que desarrollan funciones públicas, entendiéndose por éstas las actividades que por su naturaleza son de aquellas que corresponde cumplir a la entidad para desarrollar los fines estatales; y que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción.

Las medidas disciplinarias consagradas en la Ley 1474 de 2011, contribuyen a dar mayor claridad sobre cuando el particular ejerce funciones públicas, ampliando así el campo de la potestad disciplinaria del estado.

El desconocimiento e infracción de la Constitución, la Ley o el reglamento, por parte de un particular que ejerce función pública, genera sin duda, una falta disciplinaria que ocasiona corrupción e ineficacia y sobre la cual la administración debe ejercer el control disciplinario aplicando sanciones o correctivos y cuyo fin último se encuentra en la garantía de los fines estatales.

El régimen disciplinario se aplica de manera equivalente a los servidores públicos y particulares que ejercen función pública, tanto en el aspecto sustancial como procedimental.

11 BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Manuel. SARMIENTO, Libardo. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, COMENTADA POR LA COMISION COLOMBIANA DE JURISTAS. TITULO II. De Los Derechos, Las Garantías y Los Deberes. Impreandes, Presencia, 1997.

BULLA ROMERO, Jairo Enrique. Derecho Disciplinario Comentarios a la Ley 734 de 2002. Primera edición. Bogotá. Librería estrado judicial. 2002.

C-563 de 1998, Corte Constitucional. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

CAPARROS, Eduardo Fabián. LA CORRUPCION: Aspectos Jurídicos y Económicos. Salamanca. 2000.

Colegio de abogados en derecho disciplinario. ENSAYOS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Colección Especializada. Tomo I. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2010.

Colegio de abogados en derecho disciplinario. ENSAYOS SOBRE DERECHO DISCIPLINARIO. Colección Especializada. Tomo II. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2011.

Consejo de Estado, sección quinta, en providencia del 4 de marzo de dos mil once bajo radicado número 11001-03-28-000-2010-00040-00, con ponencia de la Magistrada MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

Constitución Política de 1991

FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Colección Derecho Disciplinario N° 15. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Colombia 2007.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso. Citado por SALAZAR R., Luis E. De los delitos contra la administración pública. Bogotá 2002. Ediciones Tribuna Jurídica.

GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. DOGMATICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. Cuarta edición. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

GOMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. MOLANO LOPEZ, MARIO ROBERTO. LA RELACION ESPECIAL DE SUJECION: Estudios. Primera edición. Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. REYES CUARTAS José Fernando. ESTUDIOS DE DERECHO DISCIPLINARIO. Primera edición conjunta. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2004.

GONZÁLEZ BERMÚDEZ, Silvia Elena. LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA Y LAS FUNCIONES GERENCIALES DEL SECTOR PÚBLICO. Artículo de Investigación. Universidad Libre de Cali. Vol.5 No. 2, 2009 (Julio - Diciembre).

Ley 1474 de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario Único

Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Ley 819 de 2003, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Ley 909 de 2004, Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

MALDONADO COPELLO, Alberto. LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COLOMBIA: La carencia de una política integral. FESCOL. Junio de 2011. Artículo tomado de www.fescol.org/

MAYA VILLAZON, Edgardo. José Instituto de Estudios Ministerio publico. Procuraduría General de la Nación. Jurisprudencia Disciplinaria II parte 2002. Compilador Javier Farfán Molina.

MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el estado social. Colección Derecho Disciplinario N° 9. Instituto de Estudios del Ministerio Publico. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, Colombia 2007.

RAMOS ACEVEDO, Jairo. Derecho Administrativo Disciplinario. Editorial Leyer, 2002

Resolución número 108 de 3 de mayo de 2002, Procuraduría General de la Nación, Por la cual se establecen las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación para efectos de conocer de las faltas disciplinarias de los particulares

SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. DOGMÁTICA PRACTICABLE DEL DERECHO DISCIPLINARIO: Preguntas y respuestas. Segunda edición. Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2007.

_____ Sentencia C-037 de 2003, Corte Constitucional. M.P. ALVARO TAFUR GALVIS

_____ Sentencia C-121/2009, Corte Constitucional. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

_____ Sentencia C-373 de 2002, Corte Constitucional. M.P. JAIME CORDOBA TRIVIÑO

_____ Sentencia C-866 de 1999, Corte Constitucional. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

_____ Sentencia C-028 de 2006, Corte Constitucional. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

_____ Sentencia C-030 de 2012, Corte Constitucional. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

_____ Sentencia C-286 de 1996, Corte Constitucional.

_____SentenciaC-482 de 2002, Corte Constitucional. M.P. ALVARO
TAFUR GALVIS

_____SentenciaC-525/2002, Corte Constitucional.M.P. VLADIMIRO
NARANJO MESA

_____SentenciaC-504 de 2007, Corte Constitucional.M.P. CLARA
INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

_____Sentencia C-067 de 2003, Corte Constitucional. M.P. MARCO
GERARDO MONROY CABRA

12 INFORMACIÓN ELECTRONICA

[http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.ConsultaPirelComponentPageFactory>](http://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.ConsultaPirelComponentPageFactory)

<http://www.consejodeestado.gov.co/>

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1474_2011.html#44

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991_pr009.html#275

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2002/ley_0734_2002.html

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=funcion+publica&campo=%2F&pg=0&vs=0>

<http://www.serviciocivil.gov.co/index.php/publicaciones>

http://www.unilibrecali.edu.co/entramado/images/stories/pdf_articulos/volumen_5-2/la_constitucion_colombiana_y_las_funciones_gerenciales_sector_publico.pdf

www.fescol.org/